

Sygn. akt KIO 1444/10

WYROK
z dnia 23 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 9 lipca 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Nuctech Company z siedzibą w Pekinie, Chińska Republika Ludowa oraz BUMAR Sp. z o.o., 00-828 Warszawa, Al. Jana Pawła II nr 11** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12,**

przy udziale wykonawcy **Rapiscan Systems LTD, ul. Narbutta 83 lok. U1, 02-524 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Nuctech Company, BUMAR Sp. z o.o., 00-828 Warszawa, Al. Jana Pawła II nr 11 (odwołującego) i nakazuje zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

I. Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12 (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i instalację stacjonarnego urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania wagonów kolejowych dla Polskiej Służby Celnej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 22 maja 2010 r. pod poz. 2010/S 99-149547.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 9 lipca 2010 r. wykonawców wspólnie ubiegających się u udzielenie zamówienia publicznego: Nuctech Company, BUMAR Sp. z o.o., (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie na czynność Zamawiającego (wybór oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty i wykluczenia z postępowania Rapiscan Systems LTD).

Odwołujący wskazywał na naruszenie następujących przepisów Prawa zamówień publicznych: art. 7 poprzez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i wybór; art. 24 ust. 2 pkt 2 (co następnie na rozprawie sprostował, wskazując na przepis art. 24 ust. 2 pkt 4) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Rapiscan Systems Ltd., art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Rapiscan Systems Ltd. do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Rapiscan Systems Ltd., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz art. 91 ust. 1 poprzez uchybienie obowiązkowi wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Odwołujący po pierwsze wskazał, że oświadczeń załączonych do oferty Przystępującego nie wynika, aby członkowie organu zarządzającego firmy RAPISCAN SYSTEMS Ltd nie zostali prawomocnie skazani za przestępstwo popełnione przeciwko środowisku, w związku z czym wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania. Ponadto podniósł, że „zostały naruszone dokumenty” na str. 59-61 oferty Przystępującego, zatem w ocenie Odwołującego Zamawiający winien wezwać Przystępującego do złożenia dokumentów oryginalnych pod rygorem odrzucenia oferty.

Odwołujący wskazał także, że oferta Przystępującego powinna być odrzucona jako niezgodna z SIWZ, ponieważ w pkt. 6.1.1. SIWZ Zamawiający wskazał, iż oczekuje przez oferowane urządzenie penetracji stali minimum 320 mm, a Przystępujący w swojej ofercie nie wskazał konkretnego parametru penetracji. Ponadto Zamawiający w rozdz. IX pkt. 4 SIWZ zażądał złożenia informacji banku o posiadanych środkach lub zdolności kredytowej. Rapiscan Systems Ltd na str. 19 oferty przedłożył informację banku, która nie potwierdza ani wysokości posiadanych środków ani zdolności kredytowej. Według Odwołującego, przedłożone przez Rapiscan Systems Ltd przy ofercie „Zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia” (str. 13 oferty) nie dotyczy przedmiotu zamówienia, zatem nie spełnia warunków SIWZ. Nadto Zamawiający w rozdz. IV SIWZ wskazał, iż niedopuszczalne są oferty wariantowe, natomiast Przystępujący na str. 85 oferty pkt. 9 składa ofertę wariantową w zakresie oprogramowania dla komputera.

Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz o wykluczenie wykonawcy Rapiscan Systems Ltd. i odrzucenie jego oferty.

Odwołujący wniósł także o zobowiązanie Zamawiającego do odtajnienia złożonego wykazu wykonanych dostaw, gdyż okoliczność dostaw do instytucji nie może zwalniać z obowiązku przejrzystości postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Rapiscan Systems Ltd. (dalej: Przystępujący).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł po pierwsze o odrzucenie odwołania (ponieważ zostało zaadresowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a nie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej), a po drugie – jeżeli Izba nie przychyliłaby się do takiego wniosku – o oddalenie odwołania. Zamawiający nie zgodził się z podniesionymi zarzutami w całości. Jedynie w zakresie braku podstaw wykluczenia – niepopelnienia przestępstwa przeciwko środowisku - przyznał, że rzeczywiście z dokumentów złożonych w ofercie nie wynika wprost takie stwierdzenie, niemniej jednak jest to uchybienie naprawialne, które można usunąć w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, wzywając do uzupełnienia dokumentów. W ocenie Zamawiającego nie było zatem podstaw do uwzględnienia zarzutów i wykluczenia Przystępującego z postępowania.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że mylne oznaczenie adresata odwołania (odwołanie zostało zaadresowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a nie do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej) nie tamuje możliwości rozpoznania odwołania (art. 187 ust. 3 zd. drugie Prawa zamówień publicznych). Odwołanie wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w terminie, o czym świadczy prezentata Izby na pierwszej stronie pisma, i dlatego nie ma przeszkód, aby zostało rozpoznane.

Odwołujący ma interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I tak, w pierwszej kolejności Izba nie stwierdziła żadnego uchybienia Zamawiającego w związku z twierdzeniem Odwołującego, że „zostały naruszone dokumenty” na str. 59-61 oferty Przystępującego. Izba na rozprawie zapoznała się z oryginałem oferty Przystępującego i stwierdziła, że strony od 59 do 61 oferty Przystępującego zawierają oryginalny, dokument (oświadczenie w języku angielskim złożone przed notariuszem stanu Kalifornia, USA), na który składają się trzy kartki formatu nieco mniejszego niż A4 jednostronnie zapisane pismem drukowanym i częściowo odręcznym, zszyte zszywaczem, opieczętowne pieczęcią wypukłą odcisniętą na wszystkich kartkach dokumentu w połowie wysokości strony. Okoliczność, że dokument nosi ślady rozszycia (Przystępujący wyjaśniał, że rozszyto dokument aby ułatwić skopiowanie) nie wpływa w ocenie Izby na jego autentyczność czy oryginalność.

Izba również nie przychyliła się do wniosku Odwołującego „o zobowiązanie Zamawiającego do odtajnienia złożonego wykazu wykonanych dostaw, gdyż okoliczność dostaw do instytucji nie może zwalniać z obowiązku przejrzystości postępowania”. W tak sformułowanym wniosku (podobnie jak we wniosku o odtajnienie „naruszonych dokumentów”) trudno dopatrzeć się cech zarzutu, mogącego być podstawą odwołania (art. 180 ust. 3 Prawa zamówień publicznych). Jeżeli nawet za uzasadnienie (podstawę prawną zarzutu) uznać postulat „przejrzystości postępowania” – to słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, że wniosek Odwołującego o odtajnienie wykazu dostaw z oferty Przystępującego jest niezrozumiały, wobec faktu, że Odwołujący we własnej ofercie również zastrzegł wykaz dostaw jako tajny (zastrzeżenie w piśmie przewodnim do oferty Odwołującego – zastrzeżono strony od 19 do 28, zawierające wykaz dostaw wraz z referencjami).

Izba również nie dopatrzyła się wariantowości w ofercie Przystępującego w zakresie oprogramowania systemowego oferowanego komputera do interpretacji obrazów (pkt 9 SIWZ i ofert). Izba ustaliła, że Zamawiający opisał oprogramowanie od interpretacji obrazów przez określenie jego cech i pożądanych funkcjonalności: „musi mieć możliwość wyszukiwania wagonów i kontenerów

według ich numerów” (pkt 9 SIWZ., tabela, kolumna trzecia), natomiast przy wymaganym oprogramowaniu systemowym i pakiecie biurowym wskazał różne dopuszczalne oprogramowania (przez podanie nazwy producenta i zgodnie z art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych dodanie wyrażenia „lub równoważny”). Odwołujący w zakresie oprogramowania systemowego zaoferował jedną z opisanych przez Zamawiającego wersji Windows, natomiast przy pakiecie biurowym określił „Microsoft Office 2007 lub równoważny”.

Zgodnie z art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych oferta wariantowa to oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. W ocenie Izby Przystępujący nie złożył oferty wariantowej, bowiem nie zaproponował odmiennego, niż opisany w SIWZ, sposobu wykonania zamówienia. Przeciwnie – w swojej ofercie dosłownie skopiował wymaganie Zamawiającego co do pakietu biurowego opisane w SIWZ, a że Zamawiający w zakresie pakietu biurowego wskazał możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych – oferta Przystępującego odpowiadała ściśle (dosłownie) treści SIWZ. Zamawiający wskazywał, że nie ma dla niego znaczenia, jaki pakiet będzie zainstalowany na komputerze, który będzie pełnił rolę niejako służebną dla oprogramowania do interpretacji obrazów – takie stanowisko jest oczywiste wobec okoliczności, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i instalacja stacjonarnego urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania wagonów kolejowych dla Polskiej Służby Celnej; wobec tak określonego przedmiotu zamówienia rodzaj pakietu biurowego zainstalowanego na stanowiskach komputerowych nie ma żadnego znaczenia.

Izba również nie uznała za uzasadniony zarzut dotyczący parametru penetracji stali – Zamawiający w SIWZ określił jako wymagany parametr „minimum 320 mm” i dokładnie taki parametr wskazał Przystępujący w swojej ofercie. Zaprezentowane na rozprawie stanowisko Odwołującego, że Zamawiający żądał podania w ofercie parametru „od...do...” w ocenie Izby nie znajduje oparcia w SIWZ. Zamawiający wymagał spełnienia wyłącznie parametru określonego jako dolna granica („minimum”); w SIWZ brak jakichkolwiek wskazówek, że parametr oferowany należałoby określić przez wskazanie zakresu „od...do...” – zresztą i sam Odwołujący nie wskazał zgodnie z takimi postulatami parametru (wskazał parametr „320” bez dookreślenia „minimum”, jak w ofercie Przystępującego – str. 235 oferty Odwołującego pkt 6.1.1.). Zatem i w tym zakresie Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ.

Odnosnie zarzutu dotyczącego oświadczenia o braku popełnienia przestępstwa przeciwko środowisku, informacji banku oraz zobowiązania do udostępnienia potencjału, Izba ustaliła, co następuje:

Rzeczywiście oświadczenia załączone do oferty Przystępującego w zakresie braku prawomocnego skazania za przestępstwo popełnione przeciwko środowisku, informacji banku o posiadanych środkach lub zdolności kredytowej (str. 19 oferty) oraz „Zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia” (str. 13 oferty) mogły budzić wątpliwości – które Zamawiający mógł zinterpretować zgodnie z intencjami Przystępującego, z powołaniem się na ogólną wykładnię oświadczeń woli, bądź mógł wezwać do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (które to rozwiązanie byłoby bardziej pożądane z punktu widzenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

Przystępujący w pismach złożonych w toku postępowania złożył obszernie wyjaśnienia w zakresie kwestionowanych przez Odwołującego dokumentów (wskazywał, że dokumenty te nie są podstawą wykluczenia, bowiem wynikają z nich wszystkie okoliczności, wymagane Prawem zamówień publicznych), niezależnie od tego jednak – jak wyjaśnił z „ostrożności procesowej” przedłożył nowe dokumenty, potwierdzające powyższe okoliczności (przy piśmie z dn. 20.07.2010 r., złożonym przed rozprawą). Zamawiający stwierdził na rozprawie, że dokumenty te potwierdzają, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący nie zajął stanowiska odnośnie uzupełnionych przez Przystępującego dokumentów, wskazując, że nie można brać ich pod uwagę przy ocenie statusu Przystępującego w postępowaniu, bowiem nie zostały uzupełnione w przewidzianym do tego trybie – to jest Zamawiający nie wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozważając powyżej opisane okoliczności stwierdziła, że stanowisko Odwołującego jest błędne. Bowiem skoro dokumenty zostały przez Przystępującego uzupełnione w taki sposób, że Zamawiający zapoznał się z ich treścią, a forma uzupełnienia dokumentów jest właściwa – nie ma powodu, aby pomijać je przy ocenie, czy Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. O ile Zamawiający uznał, że uzupełnione dokumenty rozwiązały jakiegokolwiek wątpliwości, a Odwołujący uzupełnionych dokumentów nie zakwestionował – nie ma potrzeby wzywania do ich ponownego uzupełnienia. Co do zarzutu podniesionego przez Odwołującego w tym zakresie (jednym z zarzutów odwołania było naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, a Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów) – nie można byłoby go uwzględnić, ponieważ w rezultacie zaistniałego już działania Przystępującego (tzn. uzupełnienia dokumentów) uwzględnienie zarzutu dotyczącego braku ww. oświadczenia nie miałoby żadnego wpływu na wynik postępowania (art. 191 ust. 1a Prawa zamówień publicznych). Pogląd ten został już

wyrażony w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 59/10, KIO 735/10) i potwierdzony przez orzeczenia sądów – w podobnych okolicznościach Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dn. 29 kwietnia 2010 r. wskazał, że „uwzględnienie zarzutu odwołania o braku wymaganego oświadczenia nie skutkowałoby (...) wykluczeniem wykonawcy, ale koniecznością skierowania do niego wezwania. Dopiero niezastosowanie się do wezwania uprawniałoby do wykluczenia wykonawcy. Ponieważ jednak dokument ten został już uzupełniony samodzielnie (...) w toku postępowania odwoławczego, zbędne jest obecnie ponowne wzywanie do złożenia tego oświadczenia (...) Brak byłoby zatem podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z powodu braków dokumentów przy ewentualnym ponownym badaniu ofert, a zatem należałoby uznać, że uchybienie wykonawcy nie miało i nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania.” (sygn. akt XIX Ga 162/10).

Zatem ustawodawca dopuścił sytuację, w której zarzuty odwołania mogą się okazać, przynajmniej połowicznie, zasadne, jednak odwołania nie można uwzględnić, a taka sytuacja w ocenie Izby zaistniała w toku przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Reasumując, Izba nie stwierdziła wskazywanych naruszeń przepisów art. 7 poprzez brak zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i wybór; art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (co następnie na rozprawie sprostował, wskazując na przepis art. 24 ust. 2 pkt 4) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Rapiscan Systems Ltd., art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Rapiscan Systems Ltd. do złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Rapiscan Systems Ltd., której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz art. 91 ust. 1 poprzez uchybienie obowiązkowi wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....